

POR D. FRANCISCO DE CASTRO Y GVZMAN,

CON

DON FRANCISCO DE GVZMAN Y RIBERA, SV ABVELO MATERNO.

N. 1. BREVEMENTE SE SVPONE, QVE auiendo tratado de casar Lorenço de Castro, y Doña Maria de Vargas su muger, a Don Juan Antonio de Castro su hijo con Doña Maria de Guzman y Ribera, hija de el dicho Don Francisco de Guzman y Ribera, por escriptura que otorgaron en su fauor, le mandaron 20 U. ducados, los quales se dize en la dicha escriptura, que le prometen, y mandan a quenta de las herencias, y legitimas, que de

 los

los susodichos, y de cada vno de ellos les pertenecie∬e en fin de sus dias, y se obligaron a hazer buena la dicha cantidad, y que le cabria a el dicho su hijo en fin de sus dias de las dichas legitimas que le pertenecie∬en. Y si no le cupie∬en en las dichas legitimas, para que pudie∬e auer la dicha cantidad enteramente, le mejoraron en el tercio, y remaniente del quinto de sus bienes.

2 Auiendo tenido efeto el dicho matrimonio, el dicho Don Iuañ Antonio de Castro murio dexando quatro hijos, y luego la dicha D. Maria de Guzmã; y despues della, murieron tres de los dichos quatro hijos en vida de los dichos Lorenço de Castro, y Doña Maria de Vargas sus abuelos, quedando viuo el dicho Don Francisco de Castro y Ribera; el qual, y Doña Beatriz de Castro su tia, hija de los dichos Lorenço de Castro, y de la dicha Doña Maria de Vargas, esperan heredar a los dichos Lorenço de Castro, y Doña Maria de Vargas.

3 Esto supuesto, pretende el dicho Don Francisco de Guzman y Ribera, auer sucedido en 7U500. ducados de la mitad de las tres porciones que los dichos sus tres nietos heredaron de los 20U. ducados, que los dichos Lorenço de Castro y su muger mandaron al dicho Don Iuan de Castro su hijo por causa del dicho matrimonio, como su abuelo materno, y heredero forçoso, por auer muerto en la pupilar edad.

4 Y auiendo seguido pleito contra los dichos Lorenço de Castro, y Doña Maria de Vargas, obtuuo Executoria en su fauor.

5 A el qual pleito, como tercero opositor, de cuyo perjuyzio se trata despues de la dicha Executoria, ha salido el dicho Don Francisco de Castro y Guzmã: y por él el Padre de Menores, pretendiendo auer de suceder en los dichos 20U. ducados enteramente; y que en ninguna manera ha de suceder en todo, ni en parte de ellos el dicho D. Francisco de Ribera su abuelo materno.

6 Videtur dicendum, que procede la pretension del dicho D. Francisco de Guzman y Ribera, ex sequentibus.

7 Lo primero, por auer en este negocio la Executoria de que se ha hecho mencion contra los dichos Lorenço de Castro, y Doña Maria de Vargas, a quien principalmente tocò su defensa, y no a el dicho Don Francisco de Guzman y Ribera; a el qual le obsta la excepcion de cosa juzgada, por no ser intere∬ado, ni parte formal, sino en consequencia; ex traditis ab Scacia de re iudic. gloss. 14. quæst. 13. n. 98.

8 Lo segundo: porque quando lo dicho cessàra, siendo la dicha donacion que hizieron sus padres a el dicho Don Iuan Antonio de Castro,

ſtro contrato entre viuos, irreuocable con las ſolemnidades de Derecho neceſſarias, para que ſe caſaſſe, como ſe casò con la dicha Doña Maria de Guzman, tuuo efeto deſde luego. l. 4. tit. 7. lib. 5. dela Recopil. Y aunque ſe conſideraſſe condicional, por auerſele de entregar los dichos 20U. ducados a el dicho Don Iuan Antonio deſpues de la muerte de ſus padres, por la ſuya ſucedierõ en eſte derecho ſus quatro hijos, y herederos, y por la de los tres ſus abuelos por mitad; y conſiguientemente el dicho Don Franciſco de Guzman y Ribera en los dichos 7U500. ducados. §. ex conditionali, de inſtitut. de verb. oblig. Menoch. conſ. 388. num. 51. y no el dicho Don Franciſco de Caſtro y Guzman, por no poder concurrir con los dichos ſus abuelos.

Dominus illuminatio mea.

9 SEd prædictis non obſtantibus, dicemus auer ſucedido, y deuer ſuceder el dicho D. Franciſco de Caſtro y Guzman en los dichos veinte mil ducados, en los quales, ni en parte alguna de ellos puede ſuceder, ni ſucede el dicho Don Franciſco de Guzman y Ribera.

10 Quia tranſmiſsio nunquam fit quando ſuper ſunt filij, ex eo de cuius agitur ſucceſsione, text. eſt in l. ſi infanti, verſ. Sin verò. C. de iure delib. *Sin verò, vel non ſit tutor, vel cum ſit ea facere neglexerit; tunc eodem infante in ea ætate defuncto, omnes hæreditates ad eum deuolutas, & non agnitas, ita intelligitur quaſi ab initio non eſſent ad eum delatæ, & eo modo ad eas perſonas perueniant, quæ vocabantur ſi minimè hæreditas infanti fuiſſet delata.*

11 Bien doctamente, y al intento lo diſcurre Bald. in d. l. ſi infanti num. 15. ibi: *Et quæro primo Titius deceſſit ſuperſtite Saio eius filio infante Caio eius fratre, & Berta vxore poſtquam immediatè deceſſit infans hæreditate paterna non agnita, quia erat infans, & non habebat tutorem, cui eſſet decreta adminiſtratio; quæſtio eſt de hæreditate Titij inter fratrem eius, & vxorem. Dicit enim Berta, quod infans tranſmittit ad eam hæreditatem paternam propter exiſtentiam ſui hæredis, & l. apud hoſtes, &c. In contrarium dixit frater teſtatoris, quod hæreditas paterna pertinet ad eum, quia infans non tranſmittit, & quia in infante non attenditur exiſtentia ſui hæredis, & ſic hæreditatem paternam non tranſmittit, vt in dict. §. Sin verò. Nam illud loquitur in infante, cuius pater prædeceſſerat, & ſic erat ei delata hæreditas patris, & tamen ex quo non eſt agnita fingitur non delata, & ideô non tranſmittitur, ad illud enim textum non videtur poſſe reſponderi, quia dicit omnes hæreditates, &c. Sub quibus vniuerſalibus verbis manifeſtè paterna hæreditas includitur.*

El

12 El qual con grande elegancia, como acostumbra responde a los argumentos, y consideraciones que se traen de contrario, y le sigue Barbas.cons.60.col.9.vol.3. vbi dicit hanc esse communem, & veriorem sententiam; & Corneo.in dict.l. si infanti, col.4. vbi ait hanc communem esse glossæ, & aliorum antiquiorum opinionem. Bursato cons. 61. num. 20. ibi: *Secundò dico imò in hæreditate patris, etiam hanc æquitatem considerari, vt excludatur hæres filij etiam quod esset mater ab aliam personam, ad quam de iure pertineret hæreditas primi defuncti magis quàm ad matrem filij, & vxorem defuncti: vt puta si adesset alter filius dictæ primæ defunctæ, cum ipsæ ex æquitate dictam restitutionem in integ. & transmissionem impediret, vt per multos ne aliorum scripta congerant. Latè consuluit ex communiori veriori, & æquiori opinione Barbas. vidend. dict. cons. 60. art. 4 vol. 3. vbi etiam ex mente Imolæ in.l. ventre. ff. de adquir. hæred. ait, matrem primi defuncti excludere matrem filij transmittentis secundò loco defuncti, cum de hæreditate primi tractetur, id suadente æquitate ratione proximitatis personæ primo defunctæ.*

13 Lo qual procede tanto mas ciertamente, por ser la dicha donacion que hizieron los dicho Lorenço de Castro, y su muger a el dicho Don Juan Antonio vna asignacion, y promessa de sus legitimas, regulada a cierta cantidad, ex quo habuit vim, & naturam relicti in vltima voluntate.l.1.§.si impubes.ff.de collat.l.1.§.interdũ ff.de vulg.l.cum quæritur de in offic.test.Pich.in §.fin. nu.35.inst. de inoffic.test.como dixo Hugo de Celso, cons.120.n.43.quod ista dispositio est quędam patris ordinatio præueniens supremi iuditij dispositionem. Bien lo discurriò Canterio lib.1.variar.cap.7.n.87 ibi: *Respondi pro hærede coniugum, eo quod hæreditamenta, quæ fiunt per parentes tempore contractus sui matrimonij in fauorem filiorum nascitutorum censentur, velitis quædam vltima voluntas parentum in filios, & ab eis descendentes. Fontanell. de pact. nupt. claus. 4. glos. 9. part. 5. nu. 20.*

14 De que se sigue, que auiendo muerto el dicho Don Iuan Antonio, y sus dichos tres hijos en la edad pupilar, antes de los dichos Lorenço de Castro y su muger, que ò se caducò, y resoluiò la dicha manda, y assi no huuo que transmitir: ò que se transmitiò enteramente en el dicho Don Francisco de Castro y Guzman, y no en el dicho Don Francisco de Guzman y Ribera su abuelo.

15 La primera parte desta illacion se prueba manifiestamente: porque regularmente premuriendo los hijos a los padres, no tienen derecho alguno a sus bienes, ni legitimas que transmitir: porque estas se les deuen, si hæreditas deferatur.l.1.§.si impuberi.ff.de coll.

bon,

bon. ex multis Paschal. de virib. patr. potest. cap. 4. num. 20. Robles de representat. cap. 16. lib. 2. num. 8. D. Don Iuan del Castill. c. 64. n. 11. l. enim transmissionem fieri posse concedit quoties defectus non consideratur in iure deferendi, sed in iure agnoscendi, vel petendi, dixo ex. l. ventre. ff de acquirend. hæred. Honded. cons. 16. num. 3. vol. 1. & cons. 14. vol. 2. ibi: *Secundò ad transmissionem faciendam requiritur ex parte transmittentis, quod ius quamuis nondum aprehensum sit ipsi tamen acquisitum aliàs non acquisitum non transmittitur.*

16 Y porque en este caso particular sucede lo mesmo, por ser la dicha manda condicional de las legitimas que le auian de pertenecer por muerte de sus padres; huiusmodi dies incerta dispositionem conditionalem reddit. l. quibus diebus. §. quidam Titio. l. dies incertus. ff. de condit. & demonstr. Hondedeo. cons. 16. nu. 37. volum. 1. (en que no puede auer duda alguna: porque se repite tres vezes en la escriptura de donacion, ex geminatione. l. Ballist. ff. ad Trebel.) Conditione, namque deficiéte deficit ipso iure omnis dispositio tam inter viuos, quàm in vltima voluntate, nec relictum, aut promissum debetur. l. alterius. l. hæredi. §. fin. de cond. & demonst. DD. in l. si rem. §. omnes. 4. de pignor. act. ex multis Casanate cons. 2. num. 18. D. Don Iuan del Castillo cap. 119. nu. 5.

17 Y la razon es: porque corruit omnis dispositio, que aliquid præsupponit, faltando el presupuesto, y se resuelue. Glos. in l. mancipia. C. de seru. fugitiu. ex multis Surdus dec. 122. nu. 14. & cons. 150. nu. 78. D. Don Iuan del Castill. tom. 5. cap. 83. nu. 5.

18 Y porque no puede en buena Filosofia naturalmente darse accidente sin substancia de que se sigue, q̃ primero ha de auer legitima diferida, que se deua, o transmita, que es la calidad accidental. l. eius qui in Prouincia. §. quod stipulatio. ff. certum petat. l. seruum mihi. §. 1. ff. de act. emp.

19 Bien al intento lo discurrieron Berengario in l. in quartam ff. ad l. falcid. præfact. num. 8. dum sic ait. *Ex hac conclusione elici poßunt sequentia. Primum, quod liberi qui moriuntur ante eum, de cuius bonis agitur, legitimam non habent, minusque eam transmittere poßunt: nec debent (licèt vulgus aliter arbitretur) in numero liberorum computari: perinde, atque si numquam nati fuissent, etiam si eis tempore testamenti existentibus aliquid relictum fuißet, illud enim quasi caducum in patrimonio remaneret. Sed difficultas eße potest an relictum vni ex filijs pro legitima qui patri præmoritur, sit hæredis? an coniuncto debeatur, aut substituto, si eiusmodi personæ reperian-*

tur? Puto neque hæredi, neque cuius alteri eam portionem adscribendam, sed reliquis filijs pro eorũ numero ex omni patrimonio legitimam esse dandam: & ita quod si filius ille præmortuus sit, commodum illud fratribus affert, quod pauciores sint, inter quos legitima sit distribuẽda: & ille filius sic defunctus partem non faciet. Sequitur satis apertè Cancerius, *lib.* 1. *variar. cap.* 3. *num.* 23. ibi: *Dixi siquidem non fuisse ius quæsitum irreuocabiliter filijs ex dicta aßignatione legitimæ facta, sed tantùm reuocabiliter ad voluntatem matris, cùm non fuisset facta dicta assignatio legitimæ iure donationis, sed relatiuè ad tempus mortis, ad instar supremi iudicij pro eo quod tempore mortis pro legitima eius deberetur. & c. l. fin. C. familiæ hercis.*

20 Y es lo mesmo en quanto a la mejora fecha en la dicha capitulacion por lo dicho.

21 Lo qual procede, aunque se considere contrato irreuocable entre viuos: porque siendo con relacion a las dichas legitimas, y mejora, habet in se in viuitam cõditionem si deferatur, quoniam multi contractus, quamuis purè appareant celebrati secundùm eorum verba, tamen ex natura rei recipiunt conditionem virtualiter insitam. l. interdum. ff. de verb. obligat. l. 1. in fine. ff. de cond. & demonstr.

22 Quæ tacitè conditiones, cum à iure subintelligantur, pro expresse appositis habentur. l. licèt Imperator. ff. de leg. 1. Cod. de testam. militar. Salgad. in laber. creditor. 2. part. cap. 2. num. 96. de quibus partes intelliguntur cogitasse Gratian. discep. for. c. 916. num. 3. ibi: *Illam saltem virtualiter cogitaßе de diminutione dotiũ ad ratam fructuum, cum quibus erant dotandæ puellæ.* D. Don Juan del Castillo lib. 6. cap. 117. num. 6. y 7.

23 Y porque todas las disposiciones humanas en tanto duran, y se deuen guardar, en quanto no ay nouedad, rebus sic stantibus, & eodem statu manentibus. Casanat. cons. 23. abundè ex multis in omni dispositione, lege statuto Præuilegio re iudicata, & contractibus, Castillo. lib. 4. cap. 59. à num. 3. Salgad. in laberynt. 1. part. cap. 25. num. 21. ibi: *Quoniam quando ex natura actus, seu contractus aliquæ conditiones insunt, semper pacta, & contractus intelligũtur rebus sic stantibus; & sic denique quælibet iusta, & legitima causa superueniens inducere valet licitum receßum à dispositis pactis, & conuentis, Camillus Galind. lib. 9. cap. 37. n. 22. Peregrin. de fidei. tit. 4. nu. 58.*

24 Y auiendo sucedido tan grande mudança, como præter o, por mejor dezir, contra la intencion de sus padres, que desean mas la

vida

vida de ſus hijos, que la ſuya propria, Ouidio Epiſtol. 1. ibi:

Dij precor, hæc iubeant, vt euntibus ordine fatis,
Illa meos oculos comprimat, illa tuos.

Reuoluto ordine naturæ: premuerto el dicho Don Iuan Antonio, y ſus tres hijos, ſin tener derecho alguno a las dichas herencias del dicho Lorenço de Caſtro, y ſu muger, por no auerſeles diferido, y ſucedido en la de ſu abuela el dicho Don Franciſco de Caſtro y Guzman, como ſu heredero neceſſario por ſu propria perſona. Don Franciſco Merlin. qq. for. cap. 11. D. Molina, & eius additionator de primog. lib. 2. cap. 3. num. 47. ex multis, ceſsò la cauſa de la dicha promeſſa, y el derecho condicional de ella, o por mejor dezir, ſe reſoluiò tanquam ſine cauſa. Ant. Fabr. C. lib. 2. diffi. 2. ibi: *Incipit enim pecunia illa pœnes liberos eſſe ſine cauſa*: Salgad. vbi proximè num. 25. ibi: *Et ideo pactum relatum ad rem habentem naturam, cum mutabilem, & variabilem non alterat, nec interimit commutabilitatem prouenientem ex natura rei ſue natura commutabilis in diſpoſitionem, ſeu contractum deductæ, ſed ab ea regulatur, & eius natura veſtitur: & pulchrè docuit Ancarran.* con muchos Autores que refiere.

25 La ſegunda parte de nueſtra illacion referida en el num. 14. de que ſe tranſmitiò enteramente el derecho de la dicha capitulació, para auer y lleuar los dichos 20ʒ. ducados en el dicho Don Franciſco de Caſtro y Guzman, ſe prueba ex Berengario in cap. vnico de filijs ex matrimon. cap. 6. nu. 12. verſ. *Quinta circunſtantia*, ibi: *ſequitur ex eo quod ſi filius hic fructum ex his pactis recepturus moriatur viuo parente, qui ſe ſe adſtrinxit, pacta illa caduca fiant. l. 1. §. pro ſecundo. C. de caducis tollend. & parens liber in diſponendo remanebit, neque verò mater huius hæredis præmortui, aut alius alioquin hæres quicquam ex prædictis bonis pacto comprehenſis conſequetur, & text. in authent. defuncto, quæ parentes ad bona deſcendentium vocat; huic negotio minimè cōuenit, quoniam intelligi debet in bonis, quæ prorſus deſcēdenti quæſita fuerāt, qualia non ſunt hæc, quæ pacto comprehenduntur, quo pertinet. l. 2. C. de bonis: quælibet, quæ vult bona ad parentem redire, à quo proceſſerunt, ne parentes reuocentur à munificientia erga liberos: quod limitabis quando hic filius pacto hæres factus relinqueret ex ſe liberos qualitatis requiſitæ, in quos putem eius ſucceſſionis, & patrimonij tranſmiſſionem fieri à tempore diſpoſitionis etiam filio mortuo, viuo diſponente.* Cancerius, *lib. 3 veriar. cap. 7. num.* 87. qui ſatis ad rem præſentem loquitur, dum ſic ait: *Quæro quinto parentes in ſuo contractu matrimoniali, hæreditarūt*

filios

filios ex illo matrimonio, natus est vnus filius ex dicto matrimonio, qui duxit vxorem, & non aliter à parentibus hæreditatus decessit postea superstitibus parentibus, & sine liberis relicto quodam hærede extraneo, decesserunt postea parentes relicto alio etiam extraneo hærede: fuit quæstionis inter dictos duos hæredes extraneos, ad quem ex eis hæreditas dictorum coniugum spectaret.

Respondi pro hærede coniugum eo quod hæreditamenta, quæ fiunt per parentes tempore contractus sui matrimonij in fauorem filiorum nasciturorum censentur, veluti quædam vltima voluntas parentum in filios, & ab eis descendentes, vt post Bald tradidimus lib. 1 cap. 8. de donatio. post num. 34. & sensuit Bereng. Ferdinand. de filijs natis ex matri. ad Morgan. contract. cap. 7. prælud. vers Quintus casus. Et sic effectum non habent, nisi filij, aut ex eis descendentes parentibus superviuant, vt volunt idem Bereng. Ferdin. cap. 9. dicto prælud. post nu. 2. vers. Secundò facit: & decidit clariùs in cap. 7. prælud. dicens: cum ius competens talibus filijs ex dictis hæreditamentis sit, in diem incertum ad eorum successores extraneos transmittere non posse, allegat. l. 1. §. sin autem, C. de caduc. toll. si filius tamen descendentes reliquisset, in eos transmissionem fieri non dubitat, allegat. l. 1. C. de his qui ante aper. tab. & ista est mera veritas quam fusius declarabo in fin. in cap. 21. de transmissio. post quæst. 2. Hocque procedit ex mera donatorum mente: Vnde decisionem Anchar. & aliorum relat. per Iuan. Anton. Lanari. cons. 89. num. 8. Quod donatio filio, eius filijs deficientibus filijs, non transeat ad hæredem extraneum, sed redeat ad donatorem: censeo habere locum in donatione facta in contractibus matrimonialibus, secus in alijs donationibus inter viuos, nisi in contrarium adessent coniecturæ, vt ex communi resolui infra cap. 21. de transmiss. num. 105. & 106.

26 Y a Lanerio citan y siguen Fontanel. *de pact. d. claus. 4. glos. 9. part. 5. num. 26. à num. 65.* Molino, *de ritu nupt. lib. 3. quæst. 10. n. 45. vers. fin. ibi: Nec huiusmodi donationes perfectæ dicuntur, nisi post mortem patris donantis, & dicuntur conditionales, nec ius illis quæsitum actu, sed habitu: idem Cancer. d. cap. num. 90. Præterea idem Cancer. fatetur. d. cap. 7. nu. 57. & nos ipsi illius opionem in parte probamus supra quæstio. quarta, quod moriente filio hæreditato sine filijs relicto hærede extraneo, præferendus est hæres patris hæredi filij, quia sapiant donationes huiusmodi vim vltimarum voluntatum, nec habunt effectum nisi mortuis parentibus donatoribus quid prohibet, ebin interim pater ante donationem in filio radicata possit filium grauare, vt cæteris suis restituat hæreditatem si sine liberis moriatur: alioquin*

*alioquin posit filius donatarius etiam stantibus filijs patris donato-
ris, bona extraneis relinquere, quod absurdum foret, & malè audiret,
quare à iustissima Nicol. Boer. opinione, qui eruditissimus receden-
dum non est; nec Senatus noster aliter tuta conscientia sentire potest
& quam tenuimus supra q. 3. ad finem, vbi Celc. Hugo citauimus.*

Ni obstarà si se dixere, que Don Iuan Atonio dexò hijos, con-
7 que procede con llaneza, segun las mesmas doctrinas en que nos
fundamos, que transmitiò su derecho a sus hijos, y que Don Fran-
cisco de Guzman por cabeça de los predefuntos, pretende biẽ auer
sucedido en el mismo derecho.

28 Porque se responde, que aunque Don Iuan Antonio transmitiò
a sus hijos aquella esperança incierta, y dudosa de suceder en los
dichos 20∐. ducados, si preuiuiera a sus padres, es fuerça que fuesse
con las mesmas calidades y condiciones que èl lo tenia, de auer de
sobreuiuir a Lorẽço de Castro, y su muger, sus abuelos paternos:
regulare quippè est, quòd transmissio fit in hæredem cum eadem
qualitate, quæ ius transmissum est penes transmittentem, *l. si quis
filiũ. §. 1. ff. de adq. hæredit.* glos. singularis *in l. sed et si pro dote, §. fin.
vers. ab intestato ff. de leg. præstandis*, Cancerius *lib. 3. variar. c. 21.
num. 147.* y pues premurieron, no se puede negar, quod defecta est
conditio, & ad nihilum redactum el heredero de los nietos muer-
tos, *l. si ita sit scriptum 45. §. si sub conditione ff. de legat. 2. l. qui hæ-
redi. 44. §. fin. ff. de condit. & demonstrat. l. pecuniam. 36. ff. Si certũ
petatur, l. cedere diem. 213. ff. de verb. signific.* y consolidado en el
nieto que oy viue, para que si sobreviniesse a sus abuelos paternos,
aya y lleue para si todo el vtil de la dicha capitulacion, y nada el
dicho Don Francisco de Guzman su abuelo materno, que en esta
materia, sin embargo de ser tan grande el parentesco, omnino ex-
traneus est, cum extranei appellatione intelligatur quicumque nõ
sit descendentibus testatoris, licèt sit ei sanguine coniunctus, *l. vni-
ca, §. extraneum, C. de rei vxor. actione, §. extranei, Instit. de hæred.
qualit. & diff.* Y faltandole la calidad de descendiente de Lorenço
de Castro, y su muger, no puede auer lugar la transmission que
pretende, porque regularmente se deniega, nisi persona, in quam
facienda est transmissio, habeat easdem qualitates, quas transmit-
tens, ita Ruinus, *cons. 39. ad fin. volum. 3.* Molino, *de ritu nupt. lib. 3.
quæst. 25. num. 50.* quod admittit Cancerius, *d. cap. 21. num. 153.* si
ita coniici possit ex mente statuti, vel disponentis. Y es muy con-
forme a Derecho el temperamento de Cancerio: porque esto que
es transmitir a los herederos, maxima ex parte dependet ex vo-

luntate disponentium, latè Molino, *vbi proximè quæst. 25. nu. 22.* de tal modo, que si ay presumpciones de que quisieron se transmitiesse lo que no es transmissible, ex legis dispositione se transmite, y lo que es transmisible à iure, no se transmite, si consta de contraria voluntad, ex Molino, *d. q. 25. num. 27.* Y esta voluntad no es necessario que sea expressa, porque basta quod eliciatur ex præsumptionibus, & coniecturis, vt multis relatis affirmant Cancerius, *d. cap. 21. nu. 102.* Molin. *d. q. 25. nu. 24.*

29 Veamos pues, si en el caso presente, dado que fuesse transmissible a los herederos estraños el derecho de los nietos, ay presumpcion, o conjectura que excluya la transmission, vt totum ius capitulationis remaneat apud nepotem viuum: juzgo que la tenemos bien clara en la decision de Papiniano, *in l. cum auus, ff. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi, C. de fideicom.* quam procedere etiã in donationibus factis inter viuos, multis laudatis affirmat Fussarius, *de subst. q. 393. num. 50.* No es preciso el presumir, que Lorenço de Castro y su muger tuuieron intencion y voluntad, y aun los demas contrayentes, scilicèt, su hijo y nuera, de que llegasse el caso de morir algunos de los nietos antes que sus abuelos paternos, y se dudasse de la transmision del derecho desta capitulacion matrimonial a los herederos estraños en perjuyzio del nieto viuo, potius denegaretur transmissio, que quitar a el nieto viuo el gozar in solidum del vtil y aprouechamiento de la dicha capitulacion. Conjectura fue de muchos, a quien refiere y sigue Cancerio, *d. cap. 21. num. 102.* refutando a Berengario, parum sibi constans sic ait: *Cuius dictum in præiuditium descendentium donatoris verum non puto, quod censeatur esse contra intentionem donantis, tum per notata in l. cum acutissimi. C. de fideicom & in l. cum auus. ff. de condit. & demonstrat. tum per notata per Peregrinum, de fideicomm. art. 50. num. 20. & Aluar. Valasc. consult. 122. in fine. lib. 2.*

30 Molino, *d. lib. 3. quæst. 10. num. 27.* cuius verba quia satis ad rem præsentem referre non pigebit, sic enim ait Molinus: *Quod pertinet ad institutum nostræ quæstionis, & tractatus, scilicet, donationes huiusmodi priuilegiatas de quota hæreditatis, vel tota hæreditate, quæ fiunt contemplatione matrimonij, vt plurimum ex duabus, vel tribus causis continere, vt dixi quæst. 2. & 3. vel quia vxor viro nobilior est, aut ditior marito, vel forsan senex vir, & vxor iuuenis, & formosa; quibus in casibus student parentes filiarum huiusmodi pacta iniri, vel donationes extorquere, non filiorum tantum nubentium gratia, sed & nepotum, & descendentium, vt nobilis, vel diuitis*

tis coniugis filij bona possideant; quibus destitui non possint, vt sic honorificè viuere magis, & matris, vel diuitis, aut nobilitatem sustinere possint.

31 Y si esta presumpcion exclusiua de la transmissiō no se admite, serà fuerça admitir el absurdo, de que huyeron los textos, scilicet, quod videantur alienam posteritatem suæ anteponere: siendo assi, que para excluyr la transmission in dubio sufficit, q̄ de admitirla se siga el preferirse el menos amado a el mas amado, vt habetur *decis. 782. Rota Romanæ, num. 16. in nouis. part. 1.* Y que los nietos tengan por si la presumpcion de mas amados, aun en competencia delos hijos es indubitable, cum proprium sit amoris descendere ardentius in nepotes, & descendentes, *l. liberorum. ff. de verbor. signif.* latè Surdus, *decis. 36. num. 6.* Molino, *de ritu nupt. lib. 3. q. 35. n. 14.* Y con este fundamento resoluiò idem Molinus, *lib. 3. q. 25. nu. 23.* la duda que ay inter iuris interpretes, vtrum, scilicèt, ius transmissionis sit fauorabile, vel odiosum, & mirificè loquitur, dum sic ait: *Ego autem in hac controuersia solitus sum contrarias huiusmodi opiniones sic conciliare; vel enim agitur de transmissione, quæ fit ad descendentes, aut de transmissione in extraneos: priori casu transmissionis ius fauorabile dici debet, cum potissimè transmissio inducta sit, ne quisquam debito iure naturæ fraudetur, vt dixit Salicet. in. l. 1. num. 6. (ad. l. Iuliam de adult. Calca. cons. 82. num. 4. Alex Raud. cons. 2. num. 74. lib. 1. & cons. 21. num. 74. lit. I. Tum quia in hac specie ab vtraque parte, tam disponentis, qui descendentes suos diligere præsumitur, vt modo dixi in decima extensione, quàm ex parte descendentium, quibus antecessorum debetur hæreditas. l. nam etsi parentibus, cum simi. de inoffic. testa. Fauor versatur in secundo casu, vbi de transmissione ad extraneos ageretur, fauoris ratio cessat: proinde restringenda tunc transmissio, quasi odium contineat.* Y sino, diganos el menos cuydadoso del bien de sus hijos, y descendientes, que respondiera, si entonces le propusieran el caso en los terminos que oy nos hallamos, y le preguntaran, que queria se hiziesse si llegasse a suceder assi? Non credam, nisi videam, que dexàra de paccionar, que premuriendo algunos de los nietos, no pudiesse passar a su heredero estraño esse derecho, sino que se consolidasse en el nieto viuo, por no padecer el dolor de ver su hazienda en poder de vn estraño, y a su hijo, o nieto sin ella, y que el fruto de sus trabajos en adquirirlo, aya de ser para vn estraño en concurso de su posteridad, despues de la perdida del hijo, y nietos que premurieron, fortè quippè est argumentum in iure, ab eo quod si testato-

res, vel contrahentes interrogati fuissent, verosimile est respondissent, ex glossa celebri *in.l.tale pactum.§.si vbi omnes.ff.de pactis*, quod in donatione Roland. tom. 2. cons. 37. num. 23. Tusc. litera A num. 17. ibi: *Extende multo magis in contractu dependente à voluntate vnius pro vt donatione, vt censeatur dispositum, quod donans interrogatus verosimiliter respondisset.* Et consequenter casus omissus pro expresso haberi debet, ex latè congestis per Tiraquel. *in.l.si vnquam, verbo, donatione, num.* 56. Suid. *decis.* 73. *nu.* 8. Molino, *dict. q.* 35. *num.* 15.

32 Sed quid plura? Supuesto que todos los Interpretes del Derecho, de quien nos hemos valido para apoyo deste discurso, enseñan por llano, que ni los descendientes de los hijos en cuyo fauor se hazen semejantes capitulaciones matrimoniales, trâsmiten este derecho a los estraños: ita Berengarius, quem refert & sequitur Cancerius. *d.cap.* 7. *num.* 87. ibi: *Et sic effectum non habent, nisi filij, aut ex eis descendentes parentibus superuiuant.* Molinus, *dict. lib.* 3. *quæst.* 4. *num.* 11. ibi: *Quod si transmissio non fit nisi ad filios, non ad extraneos; id generale est in omnibus donationibus, quæ à parentibus fiunt filijs, & eorum filijs, vt ad extraneos fieri transmissio non possit, quinimo deficientibus donatæ res ad donantem reuertuntur, sicuti ex communi resoluit Lanarius. dict. cons.* 89. *num.* 8.

33 Y es de aduertir, que vân hablando estos Autores de los hereditamentos de Cataluña, quæ donationem inter viuos importât, teste Cancerio, *lib.* 1 *variar. cap.* 8. *num.* 87. & *lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 122. & 123. Molino, *de ritu nupt. lib.* 3. *q.* 2. *num.* 71. Calidad, que negamos concurrir en nuestro caso: porque como dexamos fundado, lo que paccionarõ Lorenço de Castro y su muger con D. Iuan Antonio y su nuera, no fue donacion entre viuos, nec de hoc verbum vllum, quod donationem inter viuos importet, invenitur in capitulatione matrimoniali, sed meram taxationem legitimarũ, quas habiturus erat post mortem parentum.

34 A que nueuamente añadimos la autoridad de Mario Cucutelo, el qual en el tomo 2. de su tratado de donationibus contemplatione matrimonij, tract. 2. discur. 1. speciale 37. num. 11. in hęc verba prorumpit: *Hac omnino retenta, ita saluabis contraria: ad primũ, quod sumus concordes in hoc quod donans non ita vellit donatarium habere, quod se, ac descendentes excludat, cum sufficiat donatarium suam prolem prædiligere, nam hoc tendit in exclusionem extranei hæredis contra quem supposita specie, de qua in præsenti ex animo totisque viribus contendimus, vt patet ex vltima relatione Cancerij dict.*

dicto cap.21.nu.102. amplexata coniecturane minus delictus excludat magis dilectum, per quam transmißio in extraneum impeditur, ex dicta Rotæ decisione 782.num.16.part.1.nouißimorum. Y mas adelante en el num.18.citando a Anello Amato *cons.74.num.33.* dize assi; *Ad adquisita filijs unius matrimonij contemplatione, & in portione cuiuslibet intestato descendentis vocatur frater superstes, nec ad hæredes transmittitur, etiam post ius quæsitum filijs ex illo matrimonio.* Y va hablãdo Cutello in illa quæstione: *Quid inquã iuris esse debeat in bonis donatis contemplatione matrimonij, ac per mortem prioris donatarij ad filios ipsius peruenturis, se posita reciproca substitutione inter condonatarios portio filij, vel alterius, ex descendentibus transmittatur eo præmortuo in filios, vel hæredes extraneos.* Conque vienen a ser los terminos de este pleito.

Y vltimamente se prueba este discurso arguendo ab absurdo vitando, que si a el tiempo y quando mueran los dichos Lorenço de Castro y su muger, sobreviuieren la hija que oy tienen, y el nieto que les ha quedado de el dicho Don Iuan Antonio su hijo; el nieto no tendrà obligacion de imputar en su legitima los siete mil y quinientos ducados, que se dieren y pagaren a el dicho don Francisco, en caso que consiga lo que oy pretende: porque aunque ha padecido controversia, si los nietos deben traer a collacion las dotes, o donaciones que sus padres recibieron de bienes de los abuelos: La resolucion mas cierta, juridica y recibida es, que muertos los padres antes que los abuelos, los nietos no tienen obligacion de traer a collacion, ni recebir en pago de sus legitimas lo que sus padres recibieron titulo dotis, vel donationis propter nuptias, sino es la cantidad que de ello huuiere venido a poder de el mismo nieto, aunque sea por titulo hereditario, vt cum Bart. Alex Curtio, & alijs, tradunt Thesaurus *decis.238. num.4. &* 6. Barbos. *in l. post dotem.44.num.51.ff. solut. matrim.* Ant. Gomez *in l.22.Tauri, nu.10.* Ant. Faber. *lib.13.coniectur.cap.10. &* 11. Robles *de repræsent. lib.2. cap.16.num.103.104.&* 105. Angulo *in l.9.gloss.3.nu.1.&* 2. D. Francisc. Merlin. *qq.for.cap.*11. D. Molin. *& eius additionat. lib. 2.cap.3. num.*47. porque muerto el hijo en vida de su padre, nepotes ex eo subintrant locum, & gradum parentum. *l.1.§.quibus.ff. de succeß. edicto, l.1.§.si filius. ff. de suis & legi. l. si quis posthumos. §. si filium. ff. de lib. & post.* cum vulgatis, & ex propria persona cum patruo succedunt avo, *l. si defunctus.9.C. de suis & legit. §. cum filius, Instit. de hæred. quæ abintest.* Bart. & alij *in l. qui superstitis. ff. de adquir. hæredit. & in Authentica post fratres. C. de suis & legit.* ideòque

 legi

legitima debetur nepotibus ex cõmuni Doctorum *In Authentica nouissima.C.de inoffi.test.* Robles *dict.cap.16.num.66.* Lo qual procede legis beneficio *l.Gallus.29.in principio,ff.de liberis & posthu. §.posthumorum 3.Inst.de exhæred.lib.§.sui authem hæredes.3.versi. Ita demum,& §.cum filius.7.Inst.de hæredit.quæ abintest.defe.*

36 Ni obstarà si se dixere, que el abuelo pudo anticipar la paga de la legitima, que despues de su muerte auia de auer el hijo, y que si lo hizo, lo nietos deben recebirla en cuenta de sus legitimas: porque si a el hijo se debe legitima, es para quando muera el padre viuiendo el hijo, y por no tener esto dia cierto, no se puede dudar que es debito condicional, quia dies incertus pro conditione habetur, *l.dies incertus.75.ff.de condit & demonstrat.l.talis.30.§.sed et si.ff. de leg.1.* Y si el padre antes de auer llegado el caso de deberse a el hijo la legitima, purè & absque conditione se la pagò, no pudo causar perjuizio a los nietos, *leg.id quod nostrum.ff.de regulis iuris* cum vulgatis, vt cum iuditio animaduertit Robles *dict.cap.16.nu.86.* ibi: *Cum igitur legitima ista viuente patre non debeatur, sed post eius mortem, cuius dies incertus est, & ante quem filius mori potest, consequens fuit, vt pater ante eius mortem soluere securè non potuerit, & sibi imputet anticipiationis liberalitatem, quæ in nepotum præiuditium valere non potuit.*

37 Consequenter igitur, si los 7U500. ducados que pretende el dicho Don Francisco, se le pagan al tiempo de la muerte de Loréço de Castro y su muger, no se puede negar, que como no entrados en poder de el padre, ni de el nieto, no tendrà obligacion el nieto de traerlos a collacion, y particion con su tia, hija y heredera de el dicho Lorenço de Castro, y serà fuerça darle su legitima entera; de q̃ resultarà, que la linea de D. Iuan Antonio su padre lleue dos legitimas: la vna el dicho D. Fràcisco de Castro y Guzmã, y la otra D. Fràcisco de Guzmã heredero estraño: q̃ es absurdo en derecho, por q̃ vn hijo y su linea en cõcurso de otro hermano, y su linea no puede lleuar dos legitimas. *l.inter filios.11.C.famil.hercisc.l.vt liberis.17.l.illud.20.§.1.in fine.C.de collat.* Paul.de Castro, *cons.419.circa fin.lib.2.* Decius *cons.180.nu.6.in fin.* Rubeus *cons.42.in fin.* Robles, *dict.cap.16.num.43.*

38 Y por esta razon, aunque de vn hijo queden muchos descendiétes y de otro vno solo, este lleua tanto como todos los descendientes del otro, succedunt enim in stirpes, & non in capita, ex Saliceto *in Authentica nouissima, quæst.6.num.11.C.de inoffic. testam.* ibid. Iasi.*num.51.* Paul.de Castro *cons.177.lib.2.* Costa *in tractat.de*

porti

*port.ratæ.quæst.*181.*nu.*4.*&* 5.Merlino *de legitima.lib.*1. *tit.* 4.*q.*2. *num.*6.y dà la razon ibidem *num.* 9. scilicèt, *ne plus habeant filij, quam parentes, quorum contemplatione succedunt.*

39 Y para euitar semejante absurdo, se debe admitir toda interpretacion, e inteligencia que lo excluya, etiam verba impropriando, etsi actus nullus reddatur, Surdus multis relatis *cons.*85.*nu.*27. *&* 28.Fusarius *de substitut. quæst.*320. *num.* 45.de que tenemos buen exemplo en el caso de el Consulto *in l.Lucius, la segunda, ff.de hæredib.instit.*vbi disiuncta in coniunctam resoluitur ne substitutus extraneus præferatur liberis fratris consanguinei testatoris ab eo valdè dilecti. Luego bien pretendemos, que para que cesse el absurdo de que la linea de Don Iuan Antonio de Castro lleue dos legitimas, Don Francisco de Guzman no tiene derecho alguno, como heredero de sus nietos, para la parte que pretende auer y heredar de los dichos 20ꝟ.ducados.

40 Vrget præterea, que muerto Lorenço de Castro y su muger, dexando solos dos herederos forçosos, scilicet, vna hija propria, y vn nieto hijo del dicho Don Iuan Antonio, la hija puede iure optimo dezirle a Don Francisco de Guzman, que no puede hazer parte con ella, por ser estraño, a quien no se debe legitima, quippè qui à parte excluditur, non facit partem. *l.si post mortem.* §. *liberi. ff. de bonorum possess.contra tabul.glos.in.l. pater filium. ff. de inoffic. testament.l.planè.* §.*coniunctim,*vbi Doct.*ff.de leg.*1. & cum partem non faciat, nec numerum constituere potest, Bart.*in dict.l.pater filium.ante num.*8. Pereg. *de fideicommiss. art.*5. *num.*2. Merlino *de legib.lib.*1.*tit.*4.*quæst.*3.*num.*21. Y porque si pretende por cabeça de sus nietos, que no eran estraños, essos no le pudieron transmitir derecho de legitima no auiendo sobreviuido a sus abuelos, que es requisito necessario, sine quo non transmittitur legitima, Merlino *de leg.lib.*5.*tit.*3.*quæst.*7.*num.*25. Thesaur.*lib.*3. *forens. quæst.*77.& satis patet ex supradictis, y esto mismo puede dezir el nieto si se hallare viuo. Y si se le replicare por Don Francisco, que lo que èl ha de lleuar, no es tercera legitima, sino parte de lo que ha de auer el nieto viuo: quedarà conuencido con la resolucion que dexamos assentado ser comun, scilicet, que el nieto no tiene obligacion de traer a collacion lo que su padre, y otros por èl recebieron, no auiendo venido a poder del nieto que se halla vnico descendiente de el dicho Don Iuan Antonio.

41 Neque obstat in contrarium adducta, non primum, de que le obsta la excepcion de cosa juzgada, ex vulgari regul. sæpè. ff. de

re iu-

re iud.l.1.C.quibus res iudicata non nocet, & per totum titulum, C. res inter alios acta, quam exornat Scacia de re iudic. glos. 14. quæst. 2. per totam. Tãto mas siendo diferente el derecho que pretende el dicho Don Francisco de Castro y Guzman, del que pretendio el dicho Lorenço de Castro su abuelo, el qual no tuuo poder para litigar por èl, y assi no le pudo parar perjuizio lo que con el dicho su abuelo se litigò dict. l. 1. C. quibus res iud. non nocet.

42 Neque obstat secundũ, de q̃ siendo contracto entre viuos irreuocable la donacion q̃ los dichos Loréço de Castro y su muger hizieron en fauor del dicho D. Iuan Antonio su hijo, etiam que fuera cõdicional, se transmitiò a sus herederos, y ellos al dicho Don Francisco de Castro, ex §. ex conditionali, inst. de verbor. oblig. por ser su heredero necessario.

43 Porque a esta queda respõdido con lo que se ha dicho. Y porque ius conditionale non transmittitur, Hondedeo ex multis cons. 16. num. 31. vol. 1.

44 Y assimismo responde, que se limita la regla desumpta ex dicto. §. ex conditionali, quando la condicion adimplenda est in persona stipulatoris, ex multis Fontanella. de pactis nupt. clausul. 4. glossa. 24. numer. 30. ibi: *Id vt clarius, & perfectius percipias, aduertè quod dispositio dict. §. ex conditionali, inter alias limitationes quas recipit, vna est, vt non habeat locum quando conditio apponitur in persona stipulatoris: tunc enim eum conditio deficiat per mortem ipsius contingentem ante mortem alterius* (como sucedio en este caso, en el qual siendo condicional esta manda, por ser de legitimas y mejora, como dexamos probado, auiendo premuerto el dicho Don Iuan Antonio, y sus tres hijos, se resoluiò, y no se transmitiò al dicho Don Francisco de Guzman) *non restat aliquod ius conditionale, quod ad hæredes transmittatur, & sic non habet locum dispositio prædicta, quæ transmissionem concedit; loquitur enim in alijs conditionibus extrinsecis non residentibus in persona stipulatoris, quæ non deficiunt per illius mortem, sed adhuc pendent veluti si nauis ex Asia venerit, vel aliàs, non verò in his quæ resident in eius persona, & per eius mortem deficiunt, veluti si superuixeris, si ab hostibus captus fueris, & similes.*

45 Y siendo capaces de las legitimas y mejoras el dicho Don Iuan Antonio, y sus hijos, nietos del dicho Lorenço de Castro, y no el dicho Don Francisco de Guzman, por ser estraño, nunca etiam iure transmissionis las puede pretender, por no ser capaz de las dichas legitimas y mejora. Palacios, y Matienço, quos refert, & sequitur

D. Don Ioan del Castill. tom. 5. cap. 62. num. 40. in fin. Molino de ritu nupt. cap. 6. quæst. 13. nu. 7.

46 Lo tercero se responde con Menochio conf. 388. num. 15. ibi: *Respondetur 1. ad d. §. ex conditionali, loqui in contractibus vltro citroque obligatorijs, hoc est, de illis in quibus tã ex parte vnius, quàm alterius rei aliqua interuenit, & hinc inde datur, atque agitur de eo, in quo voluntas, & factum vtriusque contrahentium expectatur, ob id vterque præsumitur voluisse prouidere, & contulere proprio hæredi, ita declarat glos. in dict. §. ex conditionali, & ibi DD. & manifestè respondit Abbas, cons. 85. num. 2. lib. 1. diuersum est, in donatione in qua expectatur sola voluntas donanti, cui scilicèt, donare voluerit an soli donatario, an etiam eius hæredi: Quare dicendum est, quod si aliqua hæredis mentio est facta quod voluerit etiam ipsi hæredi, vel ex sua persona, vel ex transmissione: si verò nulla hæredis mentio est facta, & causa, quæ mouit donantem ad donandum cessat in hærede donatarij transmissioni; locus non est cum cessat voluntas, & animus ipsius donantis, à quo pendet ipsa facultas transmittendi, sicuti dicimus à coniecturata voluntate testatoris pendere, an si de fideicommissum conditionale ad hæredes vocati transmittatur, vel non. Sicuti scribunt Baldus. in l. vnica. Cod. de ijs, qui ante appertas tab. So. Sen. in l. hæredes mei, §. cum ita, numer. 25. ff. ad Trebell. Crauet. in cons. 303. col. 3. vers. Hoc ita præsupposito. Nat. in cons. vlt. num. 1. lib. 4. & Cæph. in cons. 16. num. 39. lib. 1. Porrò nostro in casu cessat (vt diximus supra) in hoc hærede illa ratio, & causa, quæ mouit Dom. Magdalenam donatricem ad donandum fratri, nempè, sanguis coniunctio, & fiducia consequendi seruicia, & beneficia. E. est ergò dicendum non esse locum transmissioni.*

47 Lo quarto se responde a este argumento con el mismo Menochio en el num. 56. Respondetur tertio, ibi: *Quod illis casibus, in quibus locus est transmissioni, intelligitur illa permissa ad fauorem liberorum transmittentis, non autem hæredum extraneorum. Ita respondit Corn. in cons. 180. col. 2. in fin. lib. 4. quem secutus est Iacob. Niger in l. 1. nu. 63. de leg. 1. Cum ergo nostro in casu hæres iste donatarij sit (vt in facto præsupponitur) extraneus: sequitur dicendum, non esse locum ipsi transmissioni.*

Conque se ha probado la justicia del dicho Don Francisco de Castro y Guzman, para obtener lo que pretende. Saluo, &c.

Doctor Bernal Carrillo.